

Anu Juho

## Esitutkinnassa ja käräjäoikeudessa kertynyt aineisto vertailuaineistona hovioikeudessa

### 1. Johdanto

Oikeudenkäymiskaaren 26 luvun 1 §:n (381/2003) mukaan oikeudenkäynti hovioikeudessa koskee käräjäoikeuden ratkaisun kohteena ollutta asiaa valituksessa ja mahdollisessa vastauksessa vedotulta osalta. Hovioikeuden tutkittavana on, onko ja miten käräjäoikeuden ratkaisua muutettava. Sanotun luvun 12 §:n 1 momentin (381/2003) mukaan asia ratkaistaan esittelystä kirjallisen oikeudenkäyntiaineiston perusteella, jolle siinä 13 §:n (165/1998) – 16 §:n (165/1998) nojalla toimiteta pääkäsittelyä. Oikeudenkäymiskaaren 26 luvun 25 §:n (165/1998) mukaan pääkäsittelyssä hovioikeudessa noudatetaan soveltuvin osin niitä säännöksiä, jotka ovat voimassa pääkäsittelystä käräjäoikeudessa.

Pääkäsittelyssä henkilötodistelua vastaanotettaessa esiintyy usein tilanteita, joissa asianosainen tai todistaja ei muista ajan kulumisen vuoksia tapahtumista enää juuri mitään, ei halua asiasta lausua mitään tai hän muuttaa asiassa aikaisemmin antamaansa kertomusta. Tällöin riita-asioissa esiin tuotava vertailukertomus on asianosaisen tai todistajan käräjäoikeudessa antama kertomus ja rikosasiasioissa esitutkinnassa annettu kertomus tai kertomus käräjäoikeudessa. Tässä työssä tarkoitukseni on käsitellä mahdollisuutta hyödyntää hovioikeuden pääkäsittelyssä hovioikeusvaiheeseen mennessä kertynyttä aineistoa vertailuaineistona ja siinä huomioon otettavia seikkoja tilanteissa, joissa kuultava muuttaa aikaisemmin antamaansa kertomusta. Oikeudenkäymiskaaren 26 luvun 25 §:n (165/1998) viittaussäännöksen nojalla hovioikeudessa sovellettavaksi tulevat oikeudenkäymiskaaren 6 luku ja oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain 6 luku. Siten jäljempänä todettu on sovellettavissa soveltuvilta osiltaan myös käräjäoikeudessa. Koska riita-asioissa ei ole mitään esitutkintaan rinnastettavaa, oikeudenkäyntiä palvelevaa virallistoimintoa, vertailuaineiston hyödyntämismahdollisuuksiin liittyvät ongelmat ovat niissä vähäisempiä. Pääpaino tässä kirjoituksessa on sen vuoksi rikosprosessissa esiin tulevilla näkökohdilla.

## 2. Yleisistä prosessiperiaatteista

Oikeudenkäymiskaaren ja oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain säännökset pääkäsittelyn toimittamisesta ja todistelun vastaanottamisesta noudattavat suullisuus-, välittömyys- ja keskityisperiaatteita, joista käsiteltävän aiheen kannalta tärkeimpiä ovat suullisuus ja välittömyys. Suullisuusperiaate tarkoittaa suullista istuntokäsittelyä sekä sitä, että asianosaiset ja todistajat ilmaisevat vaatimuksensa perusteineen ja asiansa suullisesti kirjelmiä lukematta.<sup>1</sup> Välittömyysperiaate merkitsee sitä, että tuomioistuimen ratkaisuun vaikuttava oikeudenkäyntiaineisto esitetään ja vastaanotetaan suoraan ilman pöytäkirjaa tai muita välikäsiä. Tämä tarkoittaa ratkaisun tekevän tuomioistuimen kannalta sitä, että se voi perustaa ratkaisunsa ainoastaan tällä tavalla vastaanottamaansa aineistoon ja siitä itse tekemiinsä välittömiin näkö- ja kuulohavaintoihin. Välittömyysperiaate asettaa itse tuomioistuimelle sen vaatimuksen, ettei asiaa ratkaiseva tuomioistuimen kokoonpano saa kesken asian käsittelyn vaihtua.<sup>2</sup>

Prosessioikeudessa vaikuttaa edellä todettujen periaatteiden lisäksi kuulemisperiaate eli kontradiktorinen periaate (audiatur et altera pars -sääntö). Kuulemisperiaate on kirjattu perustuslakiin ja se on luettavissa myös Suomea velvoittavista kansainvälisistä sopimuksista. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 1 kappaleen mukaan jokaisella on oikeus rehelliseen ja oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Tämän on ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä katsottu edellyttävän todellista oikeutta tulla kuulluksi. Lisäksi ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 3 kappaleen d-kohdassa todetaan syytetyn oikeus kuulustuttaa vastapuolen todistajia. Vastaavat säännökset ovat KP-sopimuksen 14 artiklan 1 kappaleessa ja 14 artiklan 3 kappaleen e-kohdassa. Suomessa perustuslain 21 §:n 2 momentin mukaan käsittelyn julkisuus sekä oikeus tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea muutosta samoin kuin muut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeet turvataan lailla. Periaatteen mukaisesti asian ratkaiseminen edellyttää, että asianosaista kuullaan tai hänelle ainakin varataan tilaisuus tulla kuulluksi vastapuolen esittämän oikeudenkäyntiaineiston johdosta.<sup>3</sup> Kuulemisperiaate merkitsee asianosaisten kannalta sitä, että hänellä on oikeus saada omassa asiassaan esitetty aineisto tiedoksi ja oikeus vastata vastapuolen vaatimuksiin ja väitteisiin. Tuomioistuimen ratkaisuun kuulemisperiaate vaikuttaa ratkaisun tekemisessä huomioon otettavaa aineistoa rajoittaen. Tuomiota ei voida perustaa sellaiseen aineistoon, jonka osalta asianosaisella ei ole ollut mahdollisuutta tulla kuulluksi.<sup>4</sup> Kuuleminen on ymmärrettävä laajasti eli se koskee kaikkea sellaista fakta- ja normiaineistoa, johon tuomio on mahdollista perustaa. Tuomioistuimen velvollisuus on informoida asianosaista tiedossaan olevasta aineistosta. Kuulemismenettely ei saa jäädä

<sup>1</sup> HE 15/1990 vp s. 5 ja HE 82/195 vp s. 143, Lappalainen 1995 s. 80, Virolainen 1995 s. 228.

<sup>2</sup> Virolainen 1995 s. 241 – 242.

<sup>3</sup> Virolainen 1995 s. 212 – 224, Lappalainen 1995 s. 61 – 64, Pellonpää 2000 s. 291, 364 ja Ervo 1996 s. 81 – 152.

<sup>4</sup> Virolainen – Pölönen 2003 s. 342 – 342.

muodollisuudeksi, vaan asianosaisella on oltava todellinen tilaisuus lausua näkemysnä asiassa relevanteiksi katsomistaan seikoista.<sup>5</sup>

### 3. Vertailuaineiston käytössä huomioon otettavat säännökset ja niiden soveltaminen

#### 3.1. Säädöstausta

Edellä todetut periaatteet tulevat noudatettaviksi myös todistelua vastaanotettaessa. Sekä riita- että rikosasioissa asiaa ratkaistaessa saadaan ottaa huomioon vain sellainen todiste, joka on esitetty pääkäsittelyssä.<sup>6</sup> Hovioikeuden osalta tämä ilmenee oikeudenkäymiskaaren 26 luvun 24b §:n 1 momentista (381/2003)<sup>7</sup>. Suullista todistelua koskevan vertailuaineiston käyttömahdollisuuksia harkittaessa tarkasteltaviksi tulevat oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 11 § (690/1997) ja 32 § (571/1948).

Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 11 §:ssä (690/1997) on säädetty kielto käyttää yksityisluontoista kirjallista kertomusta, esitutkintapöytäkirjaan tai muulle asiakirjalle merkittyä tai muulla tavalla tallennettua lausumaa todisteena. Sääntö ei kuitenkaan ole ehdoton. Lainkohdan 1 momentin 1 kohdan mukaan tuomioistuimessa ei saa, ellei laissa toisin säädetä, käyttää todisteena yksityisluontoista kertomusta, jonka joku on vireille pannut tai alkavan oikeudenkäynnin varalta kirjallisesti antanut, ellei tuomioistuin sitä erityisestä syystä salli eikä 2 kohdan mukaan esitutkintapöytäkirjaan tai muulle asiakirjalle merkittyä tai muulla tavalla tallennettua lausumaa.

Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 32 §:n 1 momentin (571/1948) mukaan todistajan on esitettävä kertomuksensa suullisesti. Säännöksen 2 momentin (571/1948) mukaan todistajan aikaisemmin oikeudelle tai viralliselle syyttäjälle tai poliisiviranomaiselle antama kertomus on mahdollista lukea todistajaa kuulusteltaessa vain silloin, kun hän todistajanlausunnossaan poikkeaa siitä, mitä hän on aikaisemmin kertonut tai kun todistaja kuulustelussa selittää, että hän ei voi tai halua lausua mitään asiassa.

Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 11 § (690/1997) ja 32 § (360/2003) sääntelevät osin samaa asiaa, mutta eri näkökulmista. Luvun 11 § (690/1997) on tärkeä henkilötodistelun välittömyyttä koskeva säännös, jolla pyritään edistämään todistelun luotettavuutta ja aineellista totuutta.<sup>8</sup> Sen sijaan 32 § (360/2003) taas toteuttaa suullisuusperiaatetta todistelussa ja siinä säännellään ne tilanteet, jolloin suullisessa kuulustelussa voidaan käyttää apuna kirjallista todistajankertomusta.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Virolainen – Pölönen 2003 s. 342.

<sup>6</sup> HE 15/1990 vp s. 5 ja HE 82/1995 vp s. 143.

<sup>7</sup> HE 91/2002 vp s. 39 – 40. Lainkohta sai voimaan tulleen muotonsa lakivaliokunnassa LaVM 27/2002 vp s. 20.

<sup>8</sup> Huovila 1999 s. 1161 – 1162.

<sup>9</sup> Jokela 2000 s. 319.

Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 11 §:n 1 momentin 2 kohdassa (690/1997) tarkoitettu kiello käyttä rikosasiassa todisteena esitutkintapöytäkirjaan merkittyä kertomusta otettiin lakiin vuonna 1997 voimaan tullessa rikosprosessiuudistuksessa, jotta oikeudenkäyntimenettely rikosasioissa saataisiin Euroopan ihmisoikeussopimuksessa ja KP-sopimuksessa edellytetylle tasolle muun muassa kuulemisperiaatteen toteuttamiseksi. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin oli antanut lukuisia ratkaisuja asioissa, joissa kontradiktorisuusperiaatteen noudattaminen oli laiminlyöty (muun muassa tapaukset Unterpertinger 24.11.1986 A 110, Asch 26.4.1991 A 203, Isgró 19.2.1991 A 203 ja Delta 19.12.1990 A 191). Ratkaisuissa oli korostettu syytetyn oikeutta vastakuulustelun suorittamiseen syyttäjän syytteen tueksi nimeämille todistajille. Ratkaisut merkitsevät rajoituksia mahdollisuuteen vedota esitutkinnassa tai sitä vastaavassa menettelyssä annettuun kertomukseen näyttönä, mikäli syytetylle ei ole kuulusteluvaiheessa varattu tilaisuutta esittää kysymyksiä kuultavalle. Kotimaisessa oikeuskäytännössä Korkein oikeus on käsitellyt samaa kysymyksenasettelua muun muassa tapauksissa KKO 1991:145, KKO 1995:5, KKO 1995:66 ja KKO 1996:50.

### 3.2. Esitutkintakertomus vertailuaineistona

Lähtökohtana oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 32 §:ssä (571/1948) on, että todistaja antaa pääkäsittelyssä kertomuksensa suullisesti. Kirjalliseen kertomukseen ei ole lupa vedota.<sup>10</sup> Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 65 §:n (360/2003) ja oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain 6 luvun 7 §:n 2 momentin viittaussäännösten nojalla sanottu pykälä tulee sovellettavaksi myös asianosaista totuusvakuutuksen nojalla tai rikosasiassa henkilökohtaisesti todistelutarkoituksessa kuultaessa. Kirjallisen kertomuksen lukemiskiello koskee sekä asianosaisia ja heidän avustajiaan että tuomioistuinta henkilötodistelua vastaanotettaessa silloin, kun todistajat tai todistelutarkoituksessa kuultavat ovat henkilökohtaisesti läsnä pääkäsittelyssä kuulusteltavana<sup>11</sup>. Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 32 §:n 2 momentin (571/1948) rajoja sanamuodonmukaisesti ja systemaattisesti tulkittaessa lainkohdassa tarkoitetaan tilanteita, joissa todistaja on velvollinen vastaamaan kysymyksiin. Säännös ei koske tapausta, jossa todistaja käyttää lakiin perustuvaa kokonaiskieltäytymisoikeuttaan oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 20 §:ssä (571/1948) tarkoitetuissa tilanteissa eikä tapausta, jossa todistaja käyttää joko oikeuttaan tai velvollisuuttaan kieltäytyä vastaamasta hänelle esitettyihin kysymyksiin sanottu luvun 22 §:ssä (571/1948) – 24 §:ssä (571/1948) säädetyissä tilanteissa.<sup>12</sup> Mikäli todistaja suostuu 22 §:ssä – 24 §:ssä tarkoitetuissa tilanteissa todistamaan ja vastaa

<sup>10</sup> Todistajalla on kuitenkin oikeus oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 32 §:n 1 momentin (571/1948) mukaisesti käyttää muistiinpanoja muistinsa tukemiseksi, kuten lukujen, laskutoimitusten, päivämäärien ja muiden teknisten seikkojen tarkistamiseksi. Tästä laajemmin esim. Jokela 2004 s. 161 – 162.

<sup>11</sup> Mikäli todistajaa on kuultu oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 41 §:n (690/1997) nojalla toisessa tuomioistuimessa tai oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 11a §:n (1052/1991) nojalla kansainvälisen oikeusapusopimuksen perusteella ulkomaisessa tuomioistuimessa, luetaan hänen kertomuksensa välittömyysvaatimuksesta poiketen oikeusapua antaneen tuomioistuimen laatimasta pöytäkirjasta. Jokela 2004 s. 162.

<sup>12</sup> Näin Virolainen 2000 s. 674 – 675 ja Pölönen 2003 s. 279.

muihin kuin kiellettyihin kysymyksiin, esitutkintakertomuksen hyödynnettävyyttä vertailuaineistona arvioidaan 17 luvun 32 §:n 2 momentin mukaan.

Tässä arvioinnissa ongelmia on aiheuttanut edellä todetun näkemyksen kanssa ristiriidassa oleva tapaus KKO 2000:71. KKO:n kannan mukaan asianomistajan esitutkintakertomus olisi luettavissa hänen kieltäytyttyä vastaamasta kysymyksiin. Tapaus merkitsee Virolaisen ja Pölösen mielestä kieltäytymis- ja vaitiolo-oikeuden murtamista.<sup>13</sup> Tapauksessa syyttäjä oli vaatinut A:lle rangaistusta pahoinpitelystä. Asianomistaja B kieltäytyi häntä käräjäoikeudessa todistelutarkoituksessa henkilökohtaisesti kuultaessa kertomasta tapahtumista. Koska B oli asianomistaja, hänellä oli oikeus kieltäytyä vastaamasta hänelle esitettyihin kysymyksiin. KKO totesi, että B:n esitutkinnassa antama kertomus saatiin tässä tapauksessa lukea pääkäsittelyssä ja ottaa todisteena huomioon. Koska A:lla ei ollut ollut B:n kieltäytymisen vuoksi lainkaan tilaisuutta esittää B:lle kysymyksiä ja kun muu asiassa esitetty näyttö ei ollut riittävä selvitys A:n syyllisyydestä, KKO hylkäsi syytteen.

Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 32 §:n 2 momentissa (571/1948) on määritelty tyhjentävästi vertailuaineistona huomioon otettavat kertomukset. Vertailuaineistoksi on mahdollista ottaa vain oikeudelle, syyttäjälle ja poliisille eli toisin sanoen viranomaiskontrollin piirissä annetut kertomukset. Siihen, kenelle esitutkinnassa annettuun kertomukseen voi sanotun lainkohdan nojalla vedota, voitaneen saada johtoa oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 11 §:n 2 momentin (360/2003) esitöissä lausutusta. Niissä todetaan, että esitutkinnalla tarkoitetaan poliisin, lääkärin, sosiaali- tai muun terveydenhuollon työntekijän suorittamaa kuulustelua.<sup>14</sup> Saman tulkinnan voi katsoa soveltuvan 32 §:n 2 momentissa (571/1948) tarkoitettuun tilanteeseen. Yksityisluonteiseen kertomukseen on siten mahdollista vedota ainoastaan vain 17 luvun 11 §:ssä (690/1997) säädetyin edellytyksin. Lainkohdassa tarkoitettuina kertomuksina on oikeuskirjallisuudessa pidetty todistajien lisäksi todistelutarkoituksessa kuultavien asianosaisten ja heidän legaalisten edustajiensa antamia kirjallisia kertomuksia<sup>15</sup>.

Oikeuskirjallisuudessa on käyty keskustelua siitä, olisiko säännöksessä tarkoitettuja huomioon otettavia kertomuksia tarkoituksenmukaista laajentaa muun muassa asianajajien todistajien kanssa käymistään keskusteluista tekemiin pöytäkirjoihin tai muistiinpanoihin.<sup>16</sup> Kielteisesti ajatukseen on suhtautunut esimerkiksi Jokela, joka esittää, ettei menettely toisi yleiseltä kannalta eikä edes syytetyt edun kannalta esiin lisähyötyä ottaen huomioon, että asianajajalla on jo nykyisinkin mahdollisuus saada esitutkintaa täydennyksi esitutkintalain 12 §:n nojalla pyytämällä suoritettavaksi lisäkuulusteluja joko poliisilta tai syyteharkintavaiheessa syyttäjältä. Jokelan mukaan mahdollisuus tekisi järjestelmästä todistajan kannalta kohtuuttoman raskaan hänen joutuessa käymään kuulusteluissa esitutkinnassa, kuultavana käräjäoikeudessa sekä mahdollisesti vielä hovioikeudessa ja Korkeimmassa oikeudessa.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Virolainen 2000 s. 675 ja Pölönen 2003 s. 279.

<sup>14</sup> HE 190/2002 vp s. 23, LaVM 30/2002 vp s. 3.

<sup>15</sup> Jokela 2004 s. 169 ja Lappalainen 2001 s. 171.

<sup>16</sup> Näin on esittänyt esim. Pölönen 2003 s. 163.

<sup>17</sup> Jokela 2004 s. 163 ja Jokela 2003 s. 727.

Sanamuodon mukaisesti tulkittuna oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 32 §:n 2 momentti (571/1948) mahdollistaisi pelkästään kirjalliseen muotoon tallennetun todistajan-kertomuksen käytön vertailuaineistona sulkien pois mahdollisuuden hyödyntää kuva- ja äänitallenteelle otettuja kertomuksia. Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin katsottu lainkohtaa voitavan tulkita laaventavasti siten, että esitutkinnassa tehdyt kuva- ja äänitallenteet ovat hyödynnettävissä.<sup>18</sup> Tulkinta on yhdensuuntainen 1.10.2003 voimaan tulleen oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 11 §:n 2 momentin (360/2003) kanssa. Lainkohdassa säädetään alle 15-vuotiaan tai henkisesti häiriintyneen henkilön esitutkinnassa antaman, videotallenteelle tai muuhun siihen rinnastettavaan kuva- ja äänitallenteelle tallennetun kertomuksen käyttämisestä tuomioistuimessa todisteena ilman, että henkilöä kuullaan itse henkilökohtaisesti pääkäsittelyssä silloin, kun syytetylle on varattu tilaisuus esittää kuulusteltavalle kysymyksiä.<sup>19</sup> Näissä tilanteissa tuomioistuimella on aina harkintavaltaa sen suhteen, onko henkilöä tarpeen kuulla uudelleen henkilökohtaisesti pääkäsittelyssä. Lainkohdan tarkoitus huomioon ottaen tarvetta ei yleensä pitäisi olla, vaan esitutkinnassa laadittu tallenne kuulusteluineen pitäisi olla siinä vaiheessa niin hyvin laadittu, ettei uudelleen kuulemiseen ole aihetta. Mikäli välittömään henkilökohtaiseen kuulemiseen kuitenkin päädytään ja kuultava tuomioistuimessa muuttaa kertomustaan, voidaan videotallenne ottaa lisänäytöksi ja siinä tilanteessa mahdollisesti vertailuaineistona huomioon kirjallisen esitutkintakertomuksen tavoin.<sup>20</sup>

Oikeuskäytännössä kertomuksia muutetaan verraten usein. Tästä on esimerkkinä tapaus KKO 2000:35, jossa vastaajan esitutkintakertomus katsottiin voitavan ottaa oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 32 §:n 2 momentin (571/1948) mukaisena vertailuaineistona huomioon<sup>21</sup>. Tapauksesta ilmenee kertomusten arviointijärjestys. Lähtökohdista uskottavuusarvioinnissa on pääkäsittelyssä annettu suullinen kertomus ja siitä tehtävät välittömät havainnot. Esitutkinnan merkitys on toissijainen.

Tapauksessa KKO 2000:35 oli kyse vastaajan esitutkintakertomuksen merkityksestä näyttönä rikosasiassa. Syyttäjä oli syyttänyt A:ta Cannabis Sativa -kasvin luvattomasta viljelystä ja tällä tavoin valmistamansa marihuanan käytöstä. A oli myöntänyt huumausainerikoksen siltä osin kuin hänen hallustaan oli takavarikoitu 0,1 grammaa marihuanaa. A oli esitutkinnassa kertonut takavarikoidun marihuanarouheen olleen peräisin hänen itsensä kasvattamastaan kasvista. A oli kertonut poliisille kasvatustavoistaan ja siitä, kuinka hän oli niistä valmistanut poltettavaa marihuanaa. A:ta oli esitutkinnassa kuulusteltu kaksi kertaa ja hän oli molemmilla kerroilla kertonut samansisältöisesti toiminnastaan ja huumeiden käytöstään. A oli kertomansa mukaan nauttinut alkoholia ennen kuulusteluja usean viikon ajan, minkä vuoksi kuulustelutilanne oli ärsyttänyt häntä.

<sup>18</sup> Frände 1999 s. 352. Jokela esittää lisäksi ajatuksen, että de lege ferenda olisi mahdollista sallia ääni- ja kuvatallenteiden käyttö todistelussa pelkkiä kirjallisia merkintöjä laajemmin, koska välittömyys ja todistelun luotettavuus on varsinkin kuvatallenteissa paremmin turvattu. Tästä Jokela 2004 s. 165.

<sup>19</sup> HE 190/2002 vp s. 23, LaVM 30/2002 vp s. 3. Hallituksen esityksen mukaan säännöksen ottamisella lakiin on pyritty suojaamaan kohderyhmään lukeutuvia kuultavia ja edistämään todistelun luotettavuutta.

<sup>20</sup> Jokela 2004 s. 178.

<sup>21</sup> Tapauksesta enemmän jäljempänä näytön arvioinnin kannalta.

Toisella kertaa kuultaessa A ei ollut muuttanut kertomustaan, koska hän oli pelännyt joutuvansa olemaan edelleen putkassa. A:ta ja kuulustelut suorittanut poliisia kuultiin sekä kärjäoikeudessa että hovioikeudessa. Kärjäoikeus katsoi selvitetyn, että A oli luvottomasti pitänyt hallussaan myöntämänsä 0,1 grammaa marihuanarouhetta hylätien syytteen toteen näyttämättömänä siltä osin kuin se oli koskenut Cannabis Sativa -kasvien kasvattamista ja huumausaineen valmistamista. Hovioikeus äänesti ratkaisusta. Enemmistö tuomitsi A:n syytteen mukaisesti perustellen päätöstä muun muassa sillä, ettei todistajana kuullun poliisin kertomuksen perusteella A ollut ollut ärsyntyneenä ja sillä, ettei A ollut esittänyt uskottavaa selitystä, miksi hän oli esitutkinnassa uudelleen kuultaessa kertonut menettelystään ensimmäistä kuulustelukertaa yksityiskohtaisemmin. KKO muutti hovioikeuden tuomiota ja tuomitsi A:n 0,1 gramman hallussapidosta hylätien syytteen muilta osin. KKO totesi, ettei epäillyn esitutkinnassa antaman tunnustuksen näyttöarvosta häntä vastaan ajatus rikosasia ole säännöstä. KKO katsoi, ettei oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 32 §:n (571/1948) säännös estänyt käyttämästä vastaajan kertomusta näyttönä asiassa. KKO kiinnitti kuitenkin huomiota siihen, että A:n peruutettua oikeudessa esitutkinnassa tekemänsä tunnustuksen tuomiota ei voida perustaa yksin tai pääasiassa syylliseksi epäillyn esitutkinnassa antamaan lausumaan. KKO totesi, ettei syyttäjä ollut esittänyt näyttöä, jonka perusteella olisi voitu luotettavasti kontrolloida A:n esitutkintakertomuksen oikeellisuutta. Kuulustelut suorittaneen poliisin todistajan kertomus kuulustelutilanteesta ja A:n käyttäytymisestä siinä ei ollut osoittanut A:n syyllistyneen syytteessä tarkoitettuun menettelyyn.

Murhan yritystä ym. koskevassa tapauksessa KKO 2003:53 C:n osallisuuden arvioinnissa oli kyse kertomusten uskottavuudesta. A, B ja C olivat syytettyinä L.J:n murhan yrityksestä tämän auton alle asennetun pommin räjäyttämällä. A oli aluksi esitutkinnassa vastannut kysymyksiin toistamalla, ettei ollut syyllistynyt mihinkään rikokseen. Jonkin ajan kuluttua hän oli alkanut epävirallisesti kertoa poliisille tapahtumista ja erityisesti C:n osuudesta niihin. Tämä epävirallinen kertomus otettiin myöhemmin lisätutkinnassa esitutkintapöytäkirjaan. Vastaavasti A:n kihlattu K oli melko pian häntä ensimmäisen kerran todistajana kuulusteltua kertonut tuntemalleen ulkopuoliselle poliisille toista kertomusta kuin esitutkinnassa jutun tutkijalle. Sekä A että K olivat todenneet menettelyn syyksi pelon C:tä kohtaan. Jutussa kuultiin todistajina tutkinnanjohtajaa, A:ta kuulusteltua tutkijaa sekä ulkopuolista poliisia, jolle K oli kertonut tapahtumista. Koska sekä A:lla että K:lla oli ollut tilaisuus kertoa suullisesti vapaasti tapahtumista sekä kärjäoikeudessa, hovioikeudessa että Korkeimmassa oikeudessa, pidettiin näitä kertomuksia ensisijaisina todistelun luotettavuuden arvioinnissa.

### 3.3. Kärjäoikeudessa annettu kertomus

Kanssasytetty muuttaa usein hovioikeuden pääkäsittelyssä häntä kuultaessa aikaisemmin kärjäoikeudessa antamaansa kertomusta, erityisesti kun on kyse vakavammasta rikollisuudesta, kuten törkeistä huumausainerikoksista tai törkeistä väkivaltarikoksista. Myös asianomistaja tai todistaja voi muuttaa kertomustaan. Henkilöä on voitu uhata hänen kertomuksensa vuoksi tai hän muutoin pelkää kertoa tapahtumista. Ottaen huomioon valitusten pitkät käsittelyajat pääkäsittelyä hovioikeudessa toimitettaessa tapahtumista on voinut kulua jo niin pitkä aika, että kuultava ei muista enää havaintojaan tai sitä, mitä hän on poliisille tai kärjäoikeudessa aikaisemmin

asiasta kertonut. Riita-asioissa asianosainen tai todistaja voi vedota huonoihin muistikuvuihinsa asiasta. Toisinaan on käynyt niin, että riita-asian todistaja on alkanut myötäillä kysyjää ehkä johdattelevien kysymystenkin vuoksi hänet nimenneen osapuolen suorittaessa todistajankuulustelua ja vastaavasti niukentanut vastauksiaan vastapuolen vastakuulustellessa siten, että todistajankuulustelua suorittava on voinut saada kertomuksesta eri kuvan kuin todistajaa kärjäoikeudessa kuultaessa. Kertomuksen muuttumiseen on voinut vaikuttaa myös se, että kuultavaa on jo asiasta kerran tai kahdesti kuultu, joten hän on voinut täysin inhimillisistäkin syistä yrittää vastata sillä tavalla kuin uskoo kyselijän odottavan. Tällöin on selvitettävä, mitä asianosainen tai todistaja todella tarkoittaa sanoa ja mitä hän on alioikeudessa aikaisemmin asiassa kertonut.

Oikeudenkäymiskaaren 22 luvun 6 §:n 1 momentin (1064/1991) mukaan todistajan, asiantuntijan sekä todistelutarkoituksessa kuullun asianosaisen tai muun henkilön kuulustelu on kärjäoikeudessa äänitettävä. Jos äänittäminen ei ole mahdollista, lausuma on sanatarkasti merkittävä pöytäkirjaan. Sanotun luvun 8 §:n (1064/1991) mukaan pöytäkirjaan ei saa ilman syytä merkitä muita kuin 3 §:ssä (1064/1991) – 7 §:ssä (1064/1991) mainittuja tietoja. Pöytäkirjaamissäännöt koskevat niin riita- kuin rikosasioita. Hallituksen esityksessä todetaan, että pöytäkirjaamiskielto ulottuu myös muuhun sellaiseen aineistoon, jolla on erityistä merkitystä todistusharkinnassa, kuten asianosaisten selvityksiin ja heidän eri seikkoja koskeviin kommentteihinsa.<sup>22</sup> Todistelu ei enää nykyprosessissa ilmene pöytäkirjasta. Hovioikeus saa tiedon kärjäoikeudessa annettusta kertomuksesta joko tuomiosta siltä osin kuin se on kirjattu perusteluihin, asianosaisten kertomana tai viimekädessä kärjäoikeuden nauhoituksista.

Todistusharkinnan välittömyys edellyttää hovioikeudessa asianosaisen tai todistajan henkilökohtaista kuulemistä. Pääkäsittelyyn on päädytty yleensä joko valittajan pyynnöstä tai hovioikeuden omasta aloitteesta oikeudenkäymiskaaren 26 luvun 15 §:n 1 momentissa (165/1998) tarkoitetuissa tapauksissa, joissa asian ratkaiseminen on riippunut suullisen todistelun uskottavuudesta. Välittömyys ei toteudu eivätkä tuomarit pysty suorittamaan uskottavuusarviointia luotettavasti, mikäli kertomus otetaan selville lukemalla se kärjäoikeuden tuomiosta kuulematta henkilöä henkilökohtaisesti. Suullisuusperiaate edellyttää kertomuksen muuttuessa edellä oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 32 §:n (571/1948) soveltamisalaa selvitettäessä todetulla tavalla, että vertailukertomus saatetaan oikeudenkäynnin kohteeksi. Tarve kontrolloida kuulusteltavien kertomusten muuttumista kärjäoikeudesta hovioikeuteen ei kuitenkaan tarkoita sitä, että kärjäoikeuden tulisi kirjata henkilötodistelu yksityiskohtaisesti tuomion perusteluihin.<sup>23</sup> Pääsääntö muutoksenhakutuomioistuimessa on henkilökohtainen kuuleminen, minkä seurauksena hovioikeus suorittaa näytön arvioinnin välittömyysperiaatetta kunnioittaen kärjäoikeuden tavoin.

<sup>22</sup> HE 154/1990 vp s. 20.

<sup>23</sup> Huovila 2003 s. 270–271.

On kuitenkin olemassa tilanteita, jolloin kuuleminen on mahdotonta, esimerkiksi kuuleman vuoksi. Tällöin kertomus on oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 11 §:n 3 momentin (360/2003) nojalla kuunneltava nauhoilta ja luotettavuusarviointi on tehtävä sen pohjalta. Kontradiktorisuuden toteutuminen ei yleensä muodostu rikosasioissa ongelmaksi, koska vastapuolella on ollut mahdollisuus vastakuulusteluun alioikeuskäsittelyssä. Hovioikeutta koskee lisäksi oikeudenkäymiskaaren 26 luvun 24a §, jossa annetaan mahdollisuus ottaa todistelu vastaan käräjäoikeudessa kertyneeltä ääni- tai kuvatallenteelta. Esitöissä lainkohdassa tarkoitettu mahdollisuus on katsottu soveltuvan tilanteisiin, joissa todistajan kertomuksen uskottavuutta ei riitauteta. Kysymykseen tulevat esimerkiksi asiantuntijat.<sup>24</sup>

#### 4. Vertailuaineisto suhteessa todistelun vaiheistukseen

Kun rikosasian pääkäsittelyssä hovioikeudessa havaitaan, että asianosainen tai todistaja poikkeaa aikaisemmin antamastaan kertomuksesta, syyttäjän tulee kiinnittää tuomioistuimen huomio muutokseen. Tuomioistuimen velvollisuus ei ole akkusatorisessa menettelyssä perehtyä esitutkintaan etukäteen siinä määrin yksityiskohtaisesti, että se kykenisi reagoimaan kertomusten muuttumiseen, vaan sen velvollisuus on huolehtia, että asia tulee asianmukaisesti käsitellyksi ja ettei asiassa jää epäselväksi, mitä asianomainen tarkoittaa asiassa lausua.<sup>25</sup> Riita-asiassa tuomioistuimen tutkimisvelvollisuus rajoittuu siihen, mihin asianosaiset asiassa vaatimustensa tueksi vetoavat. Velvollisuus vertailuaineiston esiintuomiseen kuuluu sen vuoksi asianosaisille. Tuomioistuimen tulee oikeudenkäymiskaaren 6 luvun 2a §:n (595/1993) valvoa, että asian käsittelyssä noudatetaan selvyyttä ja järjestystä ja että asia tulee perusteellisesti käsitellyksi.

Esitutkintapöytäkirjaan tutustuminen etukäteen ennen pääkäsittelyä on jakanut tuomarikunnan mielipiteitä 1.10.1997 voimaan tulleesta oikeudenkäyntimenettelyuudistuksesta lähtien. Lakihan ei kiellä, mutta ei myöskään velvoita tuomaria tutustumaan tuomioistuimelle oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain 5 luvun 4 §:n mukaisesti etukäteen toimitettuun esitutkintapöytäkirjaan. Päinvastoin sanotun lain 11 luvun 2 § puoltaisi kieltävää näkemystä. Esitutkimateriaaliin perehtymisessä kyse on myös työtavoista. Hovioikeushan saa alioikeudessa kertyneen asiakirja-aineiston kokonaisuudessaan haltuunsa. Se, missä laajuudessa kokoonpanoon kuuluvat jäsenet tutustuvat asiakirjavihkoon etukäteen ennen pääkäsittelyä vaihtelee. Esitutkintakertomusten lukeminen on asiaan perehtymisen kannalta muiden kuin esittelijän ja valmistelevan jäsenen prosessisuunnitelman laatimisen ja pääkäsittelyn muun suunnittelun helpottamiseksi tarpeetonta, koska välittömyysperiaatetta noudattaen näyttö vastaanotetaan pääkäsittelyssä. Riittävää tavanomaisissa asioissa on, että kokoonpano perehtyy valitus- ja vastauskirjelmiin, käräjäoikeuden tuomioon ja esittelijän oikeudellisista kysymyksistä laatimaan muistioon. Muutettu kertomus tuodaan pääkäsittelyssä suullisesti esiin siltä osin kuin siihen vedotaan ja oikeuden jäsenet perehtyvät muutokseen tässä yhteydessä.

<sup>24</sup> HE 83/2001 vp s. 31.

<sup>25</sup> HE 82/1995 vp s. 89.

Kertomuksen muutokseen vetoavan on esitutkintaan viittauksen lisäksi tuotava esiin, mihin kohtaan esitutkinnassa huomio tahdotaan kohdistaa esimerkiksi toteamalla esitutkintapöytäkirjan sivu ja kappale siinä sekä lukemalla pöytäkirjattu lausuma siltä osin kuin siihen halutaan vedota. Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 11 §:n 2 momentissa (360/2003) tarkoitetuissa tilanteissa oikeudenkäynnin asianmukaisen etenemisen turvaamiseksi videotallenteesta tulee esittää kootusti vain ne kohdat, joihin halutaan vedota. Sama pätee käräjäoikeudessa annettuun kertomukseen, mikäli se käy ilmi tuomiosta. Näin vertailukertomus tulee suullisesti esitettynä osaksi todistelua ja kaikkien oikeuden jäsenten tietoon. Suullinen esitys palvelee myös oikeudenkäynnin julkisuutta siten, että mahdollisesti läsnä oleva yleisö saa tiedon asiaan liittyvästä kirjallisessa muodossa olevasta aineistosta. Kertomuksen muuttuessa viime kädessä tuomioistuinten velvollisuutena on OK 17 luvun 28 §:n 1 momentin (571/1948) nojalla tiedustella, miksi kuultava on muuttanut kertomustaan, mikäli asia ei muutoin tule esille.

Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 33 §:ssä (690/1997) on säännökset todistajankuulemisessa noudatettavasta järjestyksestä. Oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain 6 luvun 7 §:n 2 momentin mukaan rikosasiassa kuulusteltaessa asianosaista noudatetaan soveltuvin osin, mitä oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 33 §:ssä (690/1997) säädetään. Hallituksen esityksessä ja oikeuskirjallisuudessa kuulemismenettely eli niin sanottu vuorokuulustelu on jaoteltu terminologisesti pää-, vasta- ja uudelleenkuulusteluun<sup>26</sup>. Käytännössä ongelmia on voinut aiheuttaa se, missä todistelun vaiheessa vertailukertomus nostetaan esiin. Mielestäni kysymykseen ei voi antaa yksiselitteistä vastausta, vaan harkinnassa on otettava huomioon, millaisessa asemassa todistelukokonaisuudessa olevaa seikkaa muutos on koskenut.<sup>27</sup>

Selvää oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 33 §:n 5 momentin (690/1997) säännös huomioon ottaen on, että muutettuun kertomukseen on oikeus vedota vastakuulustelun ja uudelleenkuulustelun aikana. Vastakuulustelussa ja mahdollisesti uudelleenkuulustelussa on nimenomaisena tarkoituksena selvittää todistajan kertomuksen luotettavuutta ja tähän arviointiin vaikuttavia seikkoja. Kaikissa tilanteissa ei kuitenkaan ole tarkoituksenmukaista prosessin järkevän etenemisen turvaamiseksi pitkittää muutetun kertomuksen esiintuomista. Lainkohdan 1 momentin mukaisessa pääkuulustelussa todistajan tulee oma-aloitteisesti ja tarvittaessa hänelle esitettyjen kysymysten avulla esittää kertomuksensa yhtäjaksoisesti. Tässä vaiheessa johdattelevat kysymykset eivät 33 §:n 5 momentin mukaisesti ole sallittuja. Pääkuulustelun tarkoituksena on turvata todistelun luotettavuutta siten, että todistaja kertoo näkemyksensä tapahtumista omin sanoin ja keskeytyksettä. Esitutkintakertomuksen tai käräjäoikeudessa annetun kertomuksen esiintuominen pääkuulustelussa on tarkoituksenmukaista silloin, kun sen merkitys asias-

<sup>26</sup> HE 82/1995 vp s. 146–148, Pölönen 2003 s. 353, Lappalainen käyttää oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 33 §:n menettelystä nimitystä ristikuulustelujärjestelmä teoksessa Siviiliprosessioikeus II s. 242 ja 249.

<sup>27</sup> Vuorokuulustelumenettelystä eri asianosaisten näkökulmista tarkasteltuna perusteellisesti on kirjoittanut esimerkiksi Pölönen 2003 s. 393–590. Todistajankuulustelun suorittamista valaisevin esimerkein on tarkastellut Per E. Samuelsson teoksessaan Att förhöra ett vittne – en handbok i förhörsteknik.

sa on suuri. Mikäli todistaja kertoo jostakin syytteen teonkuvauksen tai riita-asiassa joko kanne- tai vastausperusteen kannalta keskeisestä teemasta tai muuttaa täysin esimerkiksi tapahtumatietojen osalta aikaisemmin kertomaansa, vertailuaineisto on syytä ottaa esiin jo pääkuulustelun yhteydessä. Vertailukertomus tulee tällöin oikeudenkäynnin kohteeksi riittävän ajoissa ja asianosaiset pääsevät kontrolloimaan todistelun luotettavuutta ja siihen liittyviä seikkoja ilman, että kuulustelun painopiste siirtyy pääkuulustelusta todistelun loppupuolelle.

Oikeana menettelynä vertailuaineiston esiintuonnissa suhteessa tuomioistuimelle kuuluvaan prosessijohtovaltaan voitaneen pitää sitä, että todistajan kerrottua vapaasti omin sanoin tapahtumista puheenjohtajalle esitetään todistajan poikkeavan aikaisemmasta kertomuksesta ja pyydetään saada tuoda vertailukertomus esiin. Viittauksen muutettuun kertomukseen ei kuitenkaan tulisi tapahtua suoraan lukemalla esitutkintapöytäkirjaa tai käräjäoikeuden tuomioon kirjattua, vaan kuultavalta tulisi tiedustella, muistaako hän, mitä on asiasta aikaisemmin kertonut ja antaa hänelle tilaisuus itse kertoa muistikuvansa. Mikäli muistikuvat ovat heikot, kertomus joudutaan lukemaan tarpeellisilta osiltaan esitutkintapöytäkirjasta ja viime kädessä käräjäoikeudessa annettun kertomuksen osalta kuuntelemaan nauhoilta. Mikäli todistaja muuttaa kertomustaan pienissä yksityiskohdissa tai vain vähäisessä määrin, vertailuaineiston esiintuonnin voi prosessin kulkua häiritsemättä tehdä vasta vastakuulustelu- tai uudelleenkuulemisvaiheessa. Näissä vaiheissa kuulustelun tarkoitus on muutenkin selvittää todistelun uskottavuutta. Tällöin puheenjohtajan mielipiteen tiedustelu ei ole enää tarpeen, vaan vertailuaineistoon voidaan viitata suoraan edellä todetuin tavoin kyseessä oleva kohta yksilöimällä, mutta kuitenkin yrittäen saada todistaja itse omin sanoin kertomaan aikaisempi kertomuksensa.

## 5. Vertailuaineisto ja todistusharkinta

Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 2 §:n (571/1948) mukaan oikeuden tulee, harkittuaan huolellisesti kaikkia esiin tulleita seikkoja, päättää, mitä asiassa on pidettävä totena<sup>28</sup>. Suullisen ja välittömän pääkäsittelyn perusteella tuomioistuin on voinut tehdä havainnot asianosaisten ja todistajien käyttäytymisestä, miettiä yleisen elämäkokemuksen ja todistajanpsykologiaan liittyvien oppien valossa kertomusten luotettavuuteen vaikuttavia seikkoja sekä niistä tehtäviä johtopäätöksiä. Tältä pohjalta tarkasteltuna esitutkinnassa annettu kertomus ja kertomus käräjäoikeudessa tulevat yhdenvertaisesti arvioitavaksi henkilön hovioikeudessa esittämän kertomuksen rinnalla.

Henkilö, joka kertoo pääkäsittelyssä toisin kuin esitutkinnassa, ilmoittaa muutoksen syyksi usein poliisin painostuksen tai tahdon päästä vapaaksi. Käytännössä on esiintynyt myös tilanteita, joissa kirjattu kertomus on poikennut siitä, mitä kuulusteltava on asiasta todellisuudessa ajatellut. Tähän on voinut olla syynä se, että kuulustelu-

<sup>28</sup> Vapaasta todistusharkinnasta muun muassa Lappalainen 2003 s. 543–546.

tilanne on todistajalle uusi, minkä vuoksi hän on ehkä jännittänyt. Todistajanpsykologiassa esitettyjen näkemysten mukaan esitutkinnassa annettu kertomus on yleensä luotettavampi kuin myöhempi kertomus, koska se annetaan viranomaisille ensimmäisenä tuoreeltaan tapahtumien jälkeen. Aika tapahtumista oikeudenkäyntiin on voinut kestää hyvinkin kauan, joten muistikuvat ovat tapahtumista poliisille kerrottaessa yleensä parempia.

Tällaisesta arviosta oli kyse tapauksessa HHO 14.12.2001 nro 3480 (R 99/489). Siinä A oli tuomittu käräjäoikeudessa ammattimaisesta alkoholipitoisen aineen välittämisestä ja B, C sekä D avunannosta tähän. Kaikki hakivat muutosta hovioikeudessa. Syyttäjä esitti L:n myyneen Alkosta ja Venäjältä ostamia alkoholijuomia suuret määrät laajalle asiakaskunnalle ylihintaan ja usein velaksi ottaen ostajien velkaantuessa pankkiautomaattikortteja haltuunsa velan hoitamisen varmistamiseksi. Pääkäsittelyssä kuultiin 15 ostajaa henkilökohtaisesti todistelutarkoituksessa. Heistä osa oli hovioikeusvaiheessa vaikeasti alkoholiongelmaisina. Heidän osaltaan syyttäjä vetosi kertomusten muututtua sekä esitutkinnassa että käräjäoikeudessa annettuihin kertomuksiin. Käräjäoikeudessa annetut kertomukset kuunneltiin nauhoilta. Hovioikeus ei muuttanut käräjäoikeuden syyksilukemista asiassa. Aikaa tekohetkestä hovioikeuden tuomion antamiseen oli kulunut yli kolme vuotta. Ottaen huomioon todistelutarkoituksessa kuultujen henkilöiden vaikea tilanne ja ajan kulumisen esitutkinnassa annettuja kertomuksia pidettiin luotettavimpana selvityksenä tapahtumista.

Esitutkintaan vertailuaineistona nojaututtaessa on kuitenkin pidettävä mielessä, että esitutkintapöytäkirjaan kirjattu kuulusteltavan kertomus ei välttämättä ole suora lainaus siitä, mitä kuulusteltava on poliisille kertonut. Kuulusteltavalle on kuulustelun päätteeksi kyllä esitutkintalain 39 §:n (427/2003) mukaisesti luettu pöytäkirjaan kirjattu kertomus ja se on annettu hänen tarkastettavakseen. Kirjatussa kertomuksessa on kuitenkin mukana välikätenä kuulustelun suorittanut ja ne kirjannut poliisi. Esitutkintapöytäkirjasta ei useinkaan ilmene, miten kertomus on annettu – onko kuulusteltava kertonut asiasta omin sanoin, onko hän esimerkiksi vastannut lyhyesti tutkijan ehkä pitkiinkin kysymyksiin ja erityisesti, millaisiin kysymyksiin kuulusteltava on vastannut. Kirjallisesta esitutkintakertomuksesta puuttuu oikeudenkäynnille ominainen välittömyys, koska kertomus on lyhennetty, muokattu ja yksinkertaistettu versio kuulusteltavan kertomuksesta. Kertomus tulee kirjatuksi pöytäkirjaan poliisin muotoilemana, mikäli tutkija ei ole käyttänyt kysymys – vastaus -tekniikkaa kirjaamalla jokaisen kysymyksen ja vastauksen erikseen.<sup>29</sup> Kuulusteluissa käytetyllä kielellä on myös merkityksensä kertomuksen muotoutumisessa. Kuulustelua suorittava poliisi on ammattilainen, jolle käytetyt termit ovat tuttuja, kun taas kuulusteltava ei välttämättä ymmärrä kaikkia merkityseroja huolimatta siitä, että keskustelut on käyty yleiskielellä. Edellä todetusta huolimatta teksti näyttää ulkopuolisesta lukijasta kuitenkin kuulusteltavan omalta puheelta. Sisältö on voitu muokata ajallisesti ja loogisesti johdonmukaiseen järjestykseen ja asiayhteyksiä sekä käytettyjä ilmauksia muuttaa. Tutkijan odotukset ja näkemykset vaikuttavat taustalla tutkintalinjassa esitutkinnan edetessä

<sup>29</sup> Diesen 1994 s. 52.

aina jossain määrin ja ne kulkeutuvat myös kuulusteltavan kertomukseen välittyen sitä myöten syyteharkintaan syyttäjälle huolimatta siitä, että kuulustelut suoritetaan esitutkintalain 24 §:ssä tarkoitettuja kuulusteluissa kiellettyjä menettelyperiaatteita loukkaamatta.<sup>30</sup> Muun muassa näiden virheriskimahdollisuuksien vuoksi esitutkintakertomuksiin vertailuaineistona on suhtauduttava tietyllä kriittisyydellä, vaikkakin ne aikajanalla tarkasteltuna todennäköisesti ovatkin lähimpänä totuutta.

Aikaisemmin esillä olleesta tapauksesta KKO 2000:35 ilmenee syyttäjän oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 1 §:n 2 momentin (571/1948) mukainen velvollisuus näyttää toteen ne seikat, joihin hänen vaatimuksensa perustuu. Tapaus ilmentää myös selvittämiskynnyksen ja näytön kattavuuden välistä yhteyttä sekä syyttäjän velvollisuutta huolehtia siitä, että huomio esitutkinnassa kiinnittyy varteenotettavien ja tutkittavissa olevien tapahtumainkulusta esitettävien vaihtoehtoisten selitysmallien poissuljentaan<sup>31</sup>. Periaatteessa niin sanottu yksinkertainen, sakolla sovittavissa oleva rikosasia, jonka epäily on esitutkinnassa tunnustanut, katsotaan tunnustuksella selvitetyn eikä tutkintaa enempää jatketa. Näyttöongelmia syntyy silloin, kun tunnustus peruutetaan. Tällaisessa tilanteessa on harkittavana, onko esitutkintamateriaali ja muu asiassa esitetty selvitys ollut riittävän kattavaa syytteessä tarkoitettuna asian asianmukaiseksi selvittämiseksi<sup>32</sup>. Tapauksessa tunnustuksen peruutus on avannut teonkuvauksessa tarkoitettua tapahtumaa näyttölisesti avoimeksi, minkä johdosta tuomioistuimen harkittavaksi on tullut tunnustuksen ja sen peruutuksen näyttöarvon vertailu oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 4 §:n (571/1948) mukaisesti. Huolimatta siitä, että tuomioistuin on voinut arvioida syytetyn kertomuksen luotettavuuteen vaikuttavia seikkoja pääkäsittelyssä, esitutkinnasta, jossa tunnustus on annettu, sellainen mahdollisuus on puuttunut. Linkkinä kuulusteluolosuhteisiin on toiminut todistajana kuultu poliisi. Poliisi on toiminut niin sanottuna kuulopuhetodistajana, jonka kuulemisen todistusteemat eivät ole liittyneet itse tekoons<sup>33</sup>. Kotietsintä tapauksessa oli ollut tulokseton, joten enempää todisteita syytteen tueksi ei ollut saatavissa. Korkein oikeus piti tunnustuksen peruutuksen tueksi A:n esittämiä henkilökohtaisia olosuhteita niin perusteltuina, että se hylkäsi syytteen.<sup>34</sup> Syyttäjällä ei ollut esittää Cannabis Sativa –kasvien kasvatuksesta eikä marihuanan käytöstä mitään muuta näyttöä, joten ratkaisu on perusteltu. Tunnustuksen peruutukseen ja esitutkinnassa annetun kertomuksen muuttamiseen liittyviä ongelmia voisi vähentää lisäämällä kuulustelujen videointia. On kuitenkin kysyttävä, onko pienemmissä niin sanotuissa massarikoksissa tällaiseen mahdollisuuksia ja todellista tarvetta.

<sup>30</sup> Diesen 1994 s. 52–53.

<sup>31</sup> Pölönen 2003 s. 129.

<sup>32</sup> Pölönen 2003 s. 125–129.

<sup>33</sup> Suomessa kuulopuhetodistelu eli niin sanottu hearsay rule on sallittu. Kuulopuhetodistelussa todistaja kertoo siitä, mitä hän on kuullut toisen henkilön asiasta sanovan. Aiheesta enemmän muun muassa Pölönen 2003 s. 49–50, 289.

<sup>34</sup> Rautio s. 213–215. Rautio on todennut, että tunnustus ja sen peruutus muodostavat kokonaisuuden, jonka perusteella tunnustuksen näyttöarvo lopullisesti määritetään. Hänen mukaansa kyse ei ole joko – tai –ratkaisusta, vaan esitutkinnassa annetulle tunnustukselle jää joka tapauksessa aina näyttöarvo. Tuomitsemiskynnys ei tässä tapauksessa Raution mukaan kuitenkaan ylittynyt.

Esitutkinnasta esiin nostetulle tai käräjäoikeudessa annetulle kertomukselle annetaan päätösharkinnassa se näyttöarvo, mikä sille suhteutettuna muuhun todisteluun tuomioistuimen näkemyksen mukaan vapaan todistusharkinnan mukaisesti arvioituna kuuluu. Hovioikeus ei kirjaa oikeudenkäymiskaaren 26 luvun 26 §:n (165/1998) ja 27 §:n (165/1998) nojalla pöytäkirjaan esitutkinnasta tai käräjäoikeuden nauhoituksista esiin tuotua muutettua kertomusta. Esitutkintakertomus ei ole myöskään kirjallinen todiste. Pöytäkirjaan voidaan kuitenkin merkitä tieto siitä, että pääkäsittelyssä on kuunneltu käräjäoikeudessa taltioitu nauhoitus. Toistensa kanssa ristiriitaiset kertomukset otetaan henkilökohtaisesti hovioikeuden pääkäsittelyssä annetun kertomuksen tavoin näyttönä huomioon ja kirjoitetaan tuomion perusteluissa auki siltä osin kuin se on ratkaisun perustelemisen kannalta tarpeellista.

Tapauksessa HHO 12.12.2003 nro 3775 (R 00/806) A:ta ja B:tä vastaan nostettu syyte varkaudesta ja maksuvälinepetoksesta oli käräjäoikeudessa hylätty sillä perusteella, että asianomistaja C:n tunnistusta ja kertomusta ei ollut pidetty riittävänä näyttönä syytteen tueksi. Syyttäjä valitti hovioikeuteen nimeten C:n lisäksi kuultavaksi todistaja D:n. C oli esitutkinnassa ja käräjäoikeudessa tunnistanut A:n ja B:n tekijöiksi sekä todistaja D:n henkilöksi, joka oli ollut tapahtumahetkellä pankkiautomaatin lähetyvillä. Pääkäsittelyssä D peruutti esitutkinnassa tekemänsä tunnistuksen ja muutti täysin aikaisempaa kertomustaan. Syyttäjä epäili D:n pelkäävän A:n ja B:n kosta. D esitti, että poliisi oli kirjannut hänen ehdollisen tunnistamisensa väärin. D oli hovioikeudessa varma, että A ja B eivät olleet oikeat rikoksentekijät asiassa. Hovioikeus tuomitsi A:n ja B:n rangaistukseen pitäen D:n esitutkinnassa antamaa kertomusta hänen hovioikeudessa kertomansa luotettavampana.

Oman – joskin vähäisen – kokemuksen perusteella voin todeta, että uskottavuusarvioinnissa on pääsääntöisesti päädytty pitämään esitutkinnassa tai käräjäoikeudessa annettuja kertomuksia uskottavimpana selvityksenä tapahtumista. Kertomusten muutoksille esitetyt perusteet ovat yleensä olleet esitutkinnan osalta tahto päästä vapaaksi ja poliisin painostus. Vakavammissa rikoksissa muutoksen taustalta on paljastunut uhkaus tai pelko kosta. Riita-asioissa eteeni ei ole kertaakaan tullut todellista kertomuksen muutosta. Erot käräjäoikeudessa kerrottuun ovat selvinneet todistajan kuulustelun edetessä tarkentavien kysymysten avulla. Niissä on yleensä ollut kyse kielellisten ilmausten eroista ja muistikuvien hämärtymisestä.

## 6. Lopuksi

Esitutkinnassa ja käräjäoikeudessa annetut kertomukset eivät tule hovioikeudessa sellaisenaan automaattisesti huomioon otettavaksi laillisena oikeudenkäyntiaineistona<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Virheellistä on kuitenkin ajatella niin, ettei esitutkinnalla olisi mitään merkitystä rikosasian oikeudenkäynnissä. Esitutkinta on keskeinen runko pääkäsittelyn suunnittelemiseksi sekä välittömän ja keskitetyn pääkäsittelyn toimittamiseksi.

Aikaa rikosilmoituksen tekemisestä tai riidan syntymisestä siihen, kunnes asiassa saadaan hovioikeuden tuomio, kuluu ainakin Helsingin hovioikeuspiirissä tämän hetkisessä jutturuuhkassa usein yli vuosi. Selvää on, etteivät ihmisten muistikuvat tapahtumista ole pääkäsittelyä toimitettaessa enää parhaimmillaan. Sen vuoksi esitutkinnassa tai kärjäoikeudessa annettu kertomus tulee nostetuksi esiin. Vertailuaineiston näyttöarvoa harkitessa on kuitenkin pidettävä mielessä erityisesti esitutkimenetellyn osalta sen rooli oikeudenkäyntiin johtavana selvittämiskeinona ja tästä roolista johtuvat, esitutkintakertomuksen muodostumiseen vaikuttavat menettelylliset erot välittömyyteen ja kontradiktorisuuteen pohjautuvaan oikeudenkäyntiin verrattuna.<sup>36</sup> Esitutkintapöytäkirjaan kirjatun kertomuksen syntymiseen liittyy edellä todetuin tavoin lukuisia virheriskitekijöitä. Näitä tekijöitä voisi vähentää osaltaan avustajan käytön lisääminen esitutkintalain 10 §:n 1 momentin (692/1997) mukaisesti ja videoinnin tehokkaampi hyödyntäminen. Kuulusteluja suorittavan rikostutkijan tulisi myös miettiä pöytäkirjaa laatiessaan laadun merkitystä, sillä mikäli kertomukset on virheellisesti kirjattu, virhettä on yleensä hankala, ellei jopa mahdotonta jälkeinpäin korjata. Koska kertomusten muutokset ovat joka tapauksessa arkipäivää, ovat hyvin toteutetut kuulustelut ja niiden pohjalta laadittu esitutkintapöytäkirja ensiarvoisen tärkeässä asemassa vastaajan oikeusturvan ja sitä kautta oikeaan lopputulokseen ja aineelliseen totuuteen päätymissä kannalta.

Mikäli jutturuuhka erityisesti pääkäsittelyssä ratkaistavien asioiden osalta helpottuu ja valitusten käsittelyajat saadaan hovioikeudessa kohtuulliselle tasolle, asianosaisten ja todistajien muistikuvat tapahtumista ovat tulevissa pääkäsittelyissä vielä hovioikeusvaiheessakin kohtuullisen tuoreita. Tarpeen vertailuaineiston esiin nostamiseen voi siten ajatella tulevaisuudessa vähentyvän. Kärjäoikeudessa annettua kertomusta ei tarvitsisi tällöin käydä niin usein läpi, vaan hovioikeus voisi suorittaa näytön arvioinnin suoraan alkuperäisestä lähteestä. Tätä kautta oikean lopputulokseen päätyminen tulisi vertailuaineiston esiinnostoa paremmin turvatuksi.

## Lähteet

*Diesen, Christian:* Bevisprövning i brottmål. Stockholm 1994.

*Ervo, Laura:* Ylimmät prosessiperiaatteet. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijät. Tampere 1996.

*Frände, Dan:* Finsk straffprocessrätt. Helsingfors 1999.

Hallituksen esitys Eduskunnalle riita-asiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi 15/1990 vp (*HE 15/1990*).

Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi 82/1995 vp (*HE 82/1995*).

<sup>36</sup> Esitutkinta määritellään selvityksen hankkimiseksi tapahtuneeksi epäillystä rikoksesta syyteharkinnan suorittamista ja mahdollisen rikosoikeudenkäynnin valmistelua varten. Tästä Virolainen – Pölonen 2003 s. 346 ja esitutkinnan tavoitteista perusteellisesti Helminen – Lehtola – Virolainen 2002 s. 20–31.

Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren hovioikeusmenettelyä koskevien säännösten sekä eräiden niihin liittyvien lakien muuttamiseksi 83/2001 vp (*HE 83/2001*).

Hallituksen esitys Eduskunnalle valitusta hovioikeuteen ja valitusasian käsittelyä hovioikeudessa koskevien oikeudenkäymiskaaren säännösten muuttamiseksi (*HE 91/2002 vp*).

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi oikeudenkäymiskaaren eräiden todistelua, kiireelliseksi julistamista ja ylimääräistä muutoksenhakua koskevien säännösten muuttamiseksi 190/2002 vp (*HE 190/2002*).

*Helminen, Klaus – Lehtola, Kari – Virolainen, Pertti*: Esitutkinta ja pakkokeinot. Helsinki 2002.

*Huovila, Mika*: Todistelun välittömyys prosessuaalisten oikeusperiaatteiden valossa tarkasteltuna. Lakimies 1999 s. 1159 – 1187.

*Huovila, Mika*: Periaatteet ja perustelut. Jyväskylä 2003.

*Jokela, Antti*: Uudistuva rikosprosessi. Tampere 2000.

*Jokela, Antti*: Pääosa virallisen vastaväittäjän professori Antti Jokelan Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle antamasta 17.3.2003 antamasta lausunnosta. Lakimies 2003 s. 714 – 730.

*Jokela, Antti*: Oikeudenkäynti III, Helsinki 2004.

Lakivaliokunnan mietintö 27/2002 vp (*LaVM 27/2002 vp*).

Lakivaliokunnan mietintö 30/2002 vp (*LaVM 30/2002 vp*).

*Lappalainen, Juha*: Siviiliprosessioikeus I. Helsinki 1995.

*Lappalainen, Juha*: Siviiliprosessioikeus II. Helsinki 2001.

*Lappalainen, Juha*: Todistelu. Teoksessa Prosessioikeus. Juva 2003.

*Pellonpää, Matti*: Euroopan ihmisoikeussopimus. Jyväskylä 2000.

*Pölönen, Pasi*: Henkilötodistelu rikosprosessissa. Helsinki 2003.

*Rautio, Jaakko*: KKO 2000:35. Teoksessa KKO:n ratkaisut kommentein I 2000. Toim. Pekka Timonen. Jyväskylä, s. 213 – 215.

*Samuelsson, Per E.*: Att förhöra ett vittne – en handbok i förhörsteknik. Stockholm 1997.

*Virolainen, Jyrki*: Lainkäyttö. Jyväskylä 1995.

*Virolainen, Jyrki*: Oikeustapauskommentti 2000:71. Lakimies 2000 s. 669 – 678.

*Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi*: Rikosprosessin perusteet, Rikosprosessi I. Helsinki 2003.

#### *Oikeustapaukset*

KKO 1991:145  
KKO 1995:5  
KKO 1995:66  
KKO 1996:50  
KKO 2000:35  
KKO 2000:71  
KKO 2003:53

#### *Euroopan ihmisoikeustuomioistuim*

Unterpertinger 24.11.1986 A 110  
Delta 19.12.1990 A 191  
Isgró 19.2.1991 A 203  
Asch 26.4.1991 A 203

#### *Hovioikeudet*

Helsingin hovioikeus 14.12.2001 nro 3480 (R 99/489)  
Helsingin hovioikeus 12.12.2003 nro 3775 (R 00/806)